

Sygn. akt: KIO/UZP 871/08

WYROK
z dnia 3 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Barbara Bettman
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 września 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Łodzi, ul. Sienkiewicza 3, 90-113 Łódź** protestu z dnia 1 sierpnia 2008 r.

~~przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **xxx** po stronie zamawiającego~~

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazuje dokonanie ponownego badania, oceny ofert i wybór oferty

2. kosztami postępowania obciąża Zarząd Dróg Wojewódzkich w Łodzi, ul. Sienkiewicza 3, 90-113 Łódź i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Łodzi, ul. Sienkiewicza 3, 90-113 Łódź** na rzecz **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa**.

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Łodzi, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest budowa mostu na rzecz Pilicy wraz z przebudową drogi wojewódzkiej nr 785 relacji Ciężkowice – Żytno – Maluszyn- Włoszczowa w Maluszynie w ramach zadania rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 785 na odcinku Silniczka- Maluszyn.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. tj. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej „ustawą”.

Ogłoszenie o niniejszym postępowaniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 110974 - 2008 z dnia 27 maja 2008 roku.

Zamawiający, w dniu 25 lipca 2008 roku zamieścił na stronie internetowej informację o rozstrzygnięciu postępowania i wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Konsorcjum, którego Liderem jest Przedsiębiorstwo Robót Mostowych Mosty- Łódź S.A. (zwane dalej Konsorcjum).

W dniu 30 lipca 2008 roku, Odwołujący otrzymał również pisemną informację o wyborze oferty najkorzystniejszej i tego samego dnia zapoznał się z jej treścią.

Czynność wyboru oferty najkorzystniejszej została oprotestowana w dniu 1 sierpnia 2008 roku, Odwołujący- Skanska S.A. , podniosło zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 104 kodeksu cywilnego. W uzasadnieniu protestu wskazał na następujące uchybienia:

1. w poz. 38 Formularza Wyceny Ofertowej – Roboty Drogowe Konsorcjum zaoferowało wykonanie ścieku przykrawężnikowego z kostki betonowej, co jest niezgodne z modyfikacją dokonaną w dniu 30 czerwca 2008 roku, zgodnie z którą Zamawiający w pkt 6 II części wskazał „ściek przykrawężnikowy należy wykonać z dwóch rzędów kostki kamiennej 18/20”. W ocenie Odwołującego poprzez udzielenie odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców, Zamawiający dokonał modyfikacji siwz i nakazał wykonanie ścieku przykrawężnikowego z kostki kamiennej a nie jak określił pierwotnie z kostki betonowej.
2. z treści udzielonego pełnomocnictwa dla pana Wojciecha P. wynika, że działa on w imieniu i na rzecz Przedsiębiorstwa Robót Mostowych – Mosty Łódź a nie w imieniu Konsorcjum, które złożyło ofertę. Odwołujący podniósł, że Przedsiębiorstwo Robót Mostowych- Mosty Łódź zostało ustanowione Liderem Konsorcjum, jednak udzielone Wojciechowi P. pełnomocnictwo nie jest dalszym pełnomocnictwem, gdyż upoważnia do działania jedynie w imieniu Przedsiębiorstwa Robót Mostowych – Mosty Łódź. Odwołujący wywodzi, że oferta Konsorcjum jest z tego powodu nieważna i nie ma możliwości jej konwalidacji, bowiem pełnomocnictwo nie jest dokumentem, który może być uzupełniony w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 4.08.2008 roku, pismem z dnia 8.08.2008 Konsorcjum, którego Liderem jest Przedsiębiorstwo Robót Mostowych – Mosty Łódź przystąpił do postępowania protestacyjnego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie protestu.

Zamawiający w dniu 11 sierpnia 2008 roku protest w całości oddalił. Uzasadniając swoje stanowisko, wskazał w pierwszej kolejności, że złożony przez Odwołującego protest w dniu 1 sierpnia jest przedwczesny. W jego ocenie termin na wniesienie protestu należy liczyć od dnia przekazania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, zgodnie z art. 92 ust 2 ustawy a nie od dnia zamieszczenia tej informacji na stronie internetowej. Zamawiający wyjaśnił, że w dniu 25 lipca 2008 roku zamieścił informację o wyborze oferty na stronie internetowej, zaś w dniu 28 lipca 2008 roku wysłał pisemne powiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania. Na poparcie swojego stanowiska Zamawiający przytoczył szereg orzeczeń Zespołów Arbitrów oraz Krajowej Izby Odwoławczej.

Odnosząc się merytorycznie do poniesionych w proteście zarzutów wskazał, że pełnomocnictwo udzielone dla pana Wojciecha P. jest pełnomocnictwem szczególnym i wskazuje na czynność prawną, której ma dokonać pełnomocnik. Z treści pełnomocnictwa udzielonego przez wchodzące w skład Konsorcjum firmy, wynika, że upoważniły one Przedsiębiorstwo Robót Mostowych Mosty- Łódź jako Lidera Konsorcjum. Pełnomocnictwo to upoważnia do udzielania dalszych pełnomocnictw, zgodnie w tym pełnomocnik udzielił w dniu 7 lipca 2008 roku dalszego pełnomocnictwa do działania w imieniu pełnomocnika i podejmowania czynności związanych z uczestnictwem w postępowaniu Panu Wojciechowi P. Zamawiający uznał, że dokonując analizy złożonego pełnomocnictwa należy mieć na uwadze treść art. 65 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym treść oświadczenia woli należy tak tłumaczyć jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało złożone zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje. W ocenie Zamawiającego wolą mocodawcy było udzielenie pełnomocnictwa substytucyjnego w granicach umocowania a więc do występowania w imieniu całego Konsorcjum.

Odnosząc się do zarzutu niezgodności w poz. 38 kosztorysu ofertowego, Zamawiający wyjaśnił, że w pkt 10.4 siwz postanowił, że w przypadku rozbieżności pomiędzy treścią siwz a treścią udzielonych odpowiedzi jako obowiązującą należy przyjąć treść pisma zawierającego późniejsze oświadczenie Zamawiającego. Udzielone w dniu 30 czerwca 2008 roku odpowiedzi na pytania wykonawców, w których Zamawiający wskazał „ściek przykrawężnikowy należy wykonać z dwóch rzędów kostki kamiennej 18/20” nie wskazywały na konieczność wprowadzenia żadnych zmian w treści oferty, w tym Formularza Wyceny. W odpowiedzi na pytania z dnia 3 lipca 2008 roku, Zamawiający w części odpowiedzi na pytania część IV „ w dniu 24.06.2008 roku Zamawiający umieścił na stronie internetowej aktualne formularze wyceny robót”, w których nie dokonał zmian w poz. 38 formularza cenowego- roboty drogowe. Zatem, w ocenie Zamawiającego w ofercie złożonej przez Konsorcjum właściwie określono poz. 38 i zaoferowano, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego „ściek przykrawężnikowy z kostki betonowej w dwóch rzędach na ławie betonowej”.

Nie zgadzając się ze stanowiskiem Zamawiającego, Odwołujący złożył w dniu 14 sierpnia 2008 roku odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymał argumentację zawartą w proteście i wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenie oferty Konsorcjum. Dodatkowo wskazał na nieskuteczność przystąpienia do postępowania protestacyjnego, złożonego przez Konsorcjum, bowiem Przystępujący nie przekazał Odwołującemu kopii przystąpienia do protestu.

Pismem z dnia 28 sierpnia 2008 roku, Zamawiający przedstawił swoje stanowisko wobec odwołania, w którym wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy, z uwagi na naruszenie art. 184 ust. 2 ustawy, ponieważ Odwołujący nie przekazał kopii odwołania wraz z załącznikami. Ponadto Zamawiający podtrzymał swoją argumentację zawartą w rozstrzygnięciu protestu.

Odwołujący przekazał kopię odwołania w dniu 14 sierpnia 2008 roku Zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska pełnomocników stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił i zważył co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie skład orzekający Izby stwierdził, że Odwołujący jako podmiot, składający ofertę w niniejszym postępowaniu, którego oferta została sklasyfikowana jako druga w rankingu ofert zgodnie z kryteriami oceny ofert, posiada interes prawny w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy, uprawniający go do złożenia odwołania dotyczącego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń:

W pkt 18.1 Siwz Opis sposobu obliczenia ceny Zamawiający postanowił, iż „cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę na Formularzu Cenowym/Ślepym Kosztorysie i Zbiorczym Zestawieniu Kosztów, którego wzór stanowi Rozdział IV niniejszej siwz”. W pkt 8.2 postanowił, że „cena oferty winna obejmować całkowity koszt wykonania zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia, o których mowa w rozdziale III i rozdziale V niniejszej siwz i ryzyka związanego z okresem trwania przerwy zimowej, zaś w pkt 18.3 siwz wymagał, aby w cenie oferty Wykonawca uwzględnił wszystkie koszty niezbędne do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z zapisami siwz.

W pkt 10.4 siwz Zamawiający postanowił, że w przypadku rozbieżności pomiędzy treścią siwz a treścią udzielonych odpowiedzi jako obowiązującą należy przyjąć treść pisma zawierającego późniejsze oświadczenie Zamawiającego.

W pkt 10.5 postanowił, że w szczególnie uzasadnionych przypadkach Zamawiający może w każdym czasie, przed upływem terminu do składania ofert, zmodyfikować treść siwz.

Modyfikacja może wynikać z pytań zadanych przez Wykonawców, jaki i z własnej inicjatywy Zamawiającego.

W treści Formularza Wyceny Ofertowej dla robót drogowych – roboty wykończeniowe w poz. 38 Zamawiający określił wykonanie „ścieku przykrawężnikowego z kostki betonowej w dwóch rzędach na ławie betonowej”.

Pismem z dnia 30 czerwca 2008 roku (ZP-N/333/59/05/2008), w odpowiedzi na pytanie nr 6 część II o treści: „brak grubości kostki betonowej w poz. 38 kosztorysu na roboty drogowe” Zamawiający wyjaśnił, że „ściek przykrawężnikowy należy wykonać z dwóch rzędów kostki kamiennej 18/20”.

W odpowiedzi na pytania z dnia 3 lipca 2008 roku (ZP-N/333/59/05/2008) część IV Zamawiający poinformował, że „w dniu 24.06.2008 r. Zamawiający umieścił na stronie internetowej aktualne formularze wyceny robót”.

Wykonawca – Konsorcjum, którego Liderem jest Przedsiębiorstwo Robót Mostowych Mosty- Łódź, w załączonym Formularzu Wyceny Ofertowej dla robót drogowych – roboty wykończeniowe w poz. 38 zaoferował wykonanie „ścieku przykrawężnikowego z kostki betonowej w dwóch rzędach na ławie betonowej”.

Biorąc pod uwagę tak ustalony stan faktyczny, skład orzekający zważył:

Nie można zgodzić się z Zamawiającym, że udzielone odpowiedzi w trakcie trwania procedury o zamówienie publiczne, nie wiążą Wykonawców, ubiegających się o udzielenie zamówienia. W ocenie składu orzekającego Izby Wykonawcy, przygotowując swoje oferty winni uwzględnić w ich treści wszelkie wyjaśnienia i modyfikacje siwz dokonane przez Zamawiającego w toku postępowania. Skład orzekający uznał, że w wyniku udzielenia wyjaśnień w dniu 30 czerwca 2008 roku, Zamawiający w efekcie dokonał modyfikacji treści poz. 38 Formularza Wyceny Ofertowej- Roboty Drogowe i zmienił swój pierwotny wymóg co do materiału, z którego ma być wykonany ściek przykrawężnikowy z kostki betonowej na kostkę kamienną. Zatem Wykonawcy, składający oferty w postępowaniu winni te zmiany uwzględnić w swoich ofertach, tak aby spełnić wymagania co do wskazanego przez Zamawiającego materiału.

Należy mieć na uwadze, że materiał kostka betonowa a kostka kamienna różnią się od siebie nie tylko ceną ale także jakością, parametrami technicznymi i wytrzymałością. Zastosowanie innych, niż tego wymagał Zamawiający materiałów powoduje, że oferta Konsorcjum jest ofertą niezgodną z treścią siwz. Za ofertę nie odpowiadającą treści siwz, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy należy uznać ofertę, która w szczególności proponuje odmienny niż tego wymaga Zamawiający przedmiot zamówienia – w tym rodzaj materiału. Przesłanka określona w przywołanym art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jest przesłanką bezwzględnie obowiązującą, zatem konieczność jej zastosowania jest niezależna od

okoliczności, podnoszonej przez Zamawiającego i dotyczącej różnicy cenowej pomiędzy ofertą Konsorcjum a ofertą Odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe, zarzut naruszenia art. 7 ust.1 oraz 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez brak odrzucenia oferty Konsorcjum, którego Liderem jest Przedsiębiorstwo Robót Mostowych Mosty- Łódź potwierdził się.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego pełnomocnictwa, skład orzekający ustalił, że w oferta Konsorcjum, którego Liderem jest Przedsiębiorstwo Robót Mostowych Mosty- Łódź została podpisana przez pana Wojciecha P. – Dyrektora do spraw przygotowania produkcji. W ofercie Konsorcjum, znajdują się dwa odrębne pełnomocnictwa z dnia 12 czerwca 2008 roku, o identycznej treści, w których uczestnicy Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów „Erbedim” Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Usług Technicznych „Intercor” Sp.zo.o. ustanawiają Liderem Konsorcjum- Przedsiębiorstwo Robót Mostowych Mosty- Łódź i udzielają pełnomocnictwa dla Lidera do działania w imieniu każdego z członków konsorcjum i całego konsorcjum w zakresie m.in.: przygotowania, samodzielnego podpisania i złożenia oferty oraz wadium, poświadczania za zgodność z oryginałem wszelkich kopii składanych dokumentów, składania Zamawiającemu wiążących oświadczeń woli i wiedzy oraz dokonywania czynności prawnych i faktycznych, pozostających w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia oraz w związku z jego realizacją. Jednocześnie każdy z uczestników konsorcjum upoważnił Lidera dla udzielania dalszych pełnomocnictw.

Do oferty załączono także pełnomocnictwo z dnia 7 lipca 2008 roku udzielone przez Lidera Konsorcjum – Przedsiębiorstwo Robót Mostowych Mosty- Łódź, zgodnie z reprezentacją Lidera ujawnioną w jego KRS, dla pana Wojciecha P. Zgodnie z tym pełnomocnictwem Lider Konsorcjum, upoważnił Pana Wojciecha P. do „reprezentowania Przedsiębiorstwa Robót Mostowych Mosty- Łódź S.A”. Zakres pełnomocnictwa obejmuje umocowanie do „dokonywania w imieniu Spółki czynności związanych z postępowaniem o uzyskanie zamówienia publicznego: budowa mostu na rzecz Pilicy wraz z przebudową drogi wojewódzkiej nr 785 relacji Ciężkowice – Żytno – Maluszyn- Włoszczowa w Maluszynie w ramach zadania rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 785 na odcinku Silniczka- Maluszyn” i upoważnia do m.in., podpisania i złożenia oferty i wszystkich związanych z nią dokumentów oraz poświadczania kopii dokumentów za zgodność z oryginałem”.

Biorąc pod uwagę tak ustalony stan faktyczny skład orzekający zważył:

Kwestia ustanowienia Liderem Konsorcjum – Przedsiębiorstwa Robót Mostowych Mosty – Łódź jest okolicznością bezsporną między stronami.

W ocenie składu orzekającego Izby, treść pełnomocnictwa do podpisania oferty należy tłumaczyć, biorąc pod uwagę całość okoliczności w jakich zostało ono udzielone, a jego

zakres określać w odniesieniu do kontekstu sytuacyjnego w jakim zostało udzielone. Z treści pełnomocnictwa, udzielonego dla Wojciecha P. wynika, że upoważnia ono do działania pełnomocnika w tym konkretnym postępowaniu o zamówienie publiczne, które wprost z nazwy zostało w jego treści wskazane i w którym zawiązano Konsorcjum, celem wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne. Pełnomocnictwo z dnia 7 lipca 2008 roku określa także rodzaj i zakres czynności, do których jest upoważniony pełnomocnik. W ocenie składu orzekającego Izby, wolą i intencją mocodawcy – Lidera Konsorcjum było właśnie umocowanie do działania Wojciecha P. w imieniu i na rzecz całego Konsorcjum a nie wyłącznie Lidera Konsorcjum. Wykładnia celowościowa treści udzielonych pełnomocnictw, nie pozostawia wątpliwości, że Wojciech P., podpisując ofertę działał w imieniu i na rzecz całego Konsorcjum.

Zatem zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 8 w związku z art. 104 kodeksu cywilnego nie potwierdził się.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak na wstępie na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*